# Providing High-Quality Public Services in Europe Based on the Values of Protocol 26 TFEU

**CESI-Académie Europe**

Varsovie 11-12 Octobre 2012

# *Les services d'intérêt (économique) général dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*

Stéphane Rodrigues

*Maître de conférences à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)*

*Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIES)*

# *Eléments introductifs*

> La Cour de justice, acteur clé de l'Union européenne: veille au respect de l'application et à l'interprétation du droit de l'UE (article 19 TUE).

> Une jurisprudence encore relativement récente et toujours en construction sur les SI(E)G.

# 4 apports essentiels

1. La reconnaissance du SI(E)G comme instrument de politique économique et sociale.
2. La recherche d'un équilibre entre la compétence première des Etats membres pour définir les SI(E)G et le respect des exigences du marché intérieur.
3. L'affirmation de principes de fonctionnement spécifiques aux SI(E)G.
4. Une contribution à la pérennisation du financement des SI(E)G – A propos du régime des compensations de service public.

 ***1er apport : la reconnaissance du SI(E)G comme instrument de politique économique et sociale***

<u>>> Arrêt COMMISSION/FRANCE (1991)</u> : l'article 90-2 CE (aujourd'hui article 106-2 TFUE) vise à "*concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'**instrument de politique économique ou sociale** avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun*".

>> Arrêt COMMISSION/France (EDF-GDF)(1997) :

*« Compte tenu de l'intérêt ainsi défini des États membres, il ne saurait leur être interdit de tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'**objectifs propres à leur politique nationale** et d'essayer de réaliser ceux-ci au moyen d'obligations et contraintes qu'ils imposent auxdites entreprises ».*

>> Arrêt FEDERUTILITY (2010) : l'application d'un prix de référence pour la fourniture d'un SIG (en l'espèce fourniture de gaz naturel) peut concerner « *l'ensemble de la clientèle* » des particuliers dont la consommation se situe au-dessous d'un certain seuil, sans devoir se limiter au cercle de ceux dont la protection doit nécessairement être assurée en raison de leur vulnérabilité en vertu d'un acte juridique de l'Union (en l'espèce la directive 2003/55 sur le marché intérieur du gaz naturel, abrogée et remplacée par la directive 2009/73/CE) = en d'autres termes, **le SIEG n'est pas seulement réservé aux plus démunis (cf. « *niveau élevé quant au caractère abordable* »).**

## *2ème apport : la recherche d'un équilibre entre la compétence première des Etats membres pour définir les SI(E)G et le respect des exigences du marché intérieur*

>> Arrêts OLSEN (2005), BUPA (2008) et CORSICA FERRIES (2012):

« … *le droit de l'Union ne donne pas de définition précise de la notion de SIEG (…). Au contraire, il ressort de la jurisprudence du Tribunal que les États membres ont un* ***large pouvoir d'appréciation*** *quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG et que la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'****erreur manifeste****. Pour autant, le pouvoir d'agir de l'État membre, en vertu de l'article [106, paragraphe 2, TFUE], et, partant, son pouvoir de définition des SIEG, n'est pas illimité et ne peut être exercé de manière arbitraire aux seules fins de faire échapper un secteur particulier (…) à l'application des règles de concurrence* »

**>> Ordonnance ENDESA (2011) :**

*« 99 Dans la mesure où les requérantes tendent à remettre en question cette autorisation du SIEG notifié par le Royaume d'Espagne, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, les États membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG et que cette définition ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste commise par l'État membre concerné, étant précisé que cet État doit seulement, d'une part, fournir la preuve de la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs visés d'une mission de SIEG ainsi que du caractère universel et obligatoire de cette mission et, d'autre part* ***indiquer les raisons pour lesquelles il estime que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG*** *(voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA e.a./Commission, T-289/03, Rec. p. II-81, points 166, 169 et 172, et la jurisprudence citée).*

= une double exigence de motivation et de transparence.

- >> Ordonnance ENDESA (2011)(suite) :

*« 100 Ainsi, le contrôle que la Commission est appelée à exercer au regard d'un SIEG se limite nécessairement à la vérification de la question de savoir si ce SIEG repose sur des* ***prémisses économiques et factuelles*** *manifestement erronées et s'il est manifestement inapproprié pour atteindre les objectifs poursuivis. C'est dans ce contexte que le juge de l'Union doit, quant à lui, notamment examiner si l'appréciation de la Commission à cet égard est suffisamment plausible pour étayer la nécessité du SIEG en cause (voir, en ce sens, arrêt BUPA e.a./Commission, précité, point 266).*

= double contrôle de nécessité et de proportionnalité

**>> Ordonnance ENDESA (2011)(suite) :**

*« 101 En aucun cas, la Commission ne saurait se substituer à l'État membre dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui lui est propre en la matière. Ainsi, elle n'est pas habilitée à vérifier, sur la base des données disponibles, si, d'une part, le marché est susceptible d'évoluer effectivement d'une certaine façon et si, d'autre part, l'application des instruments de régulation prévus par le système notifié deviendra de ce fait, à un moment précis, indispensable pour garantir l'accomplissement de la mission de SIEG en cause. En effet, le* ***contrôle de nécessité*** *n'exige pas que la Commission gagne la conviction que l'État membre ne peut renoncer, au regard des conditions actuelles ou futures du marché, aux mesures notifiées, mais est limité à la recherche d'une erreur manifeste dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation de l'État membre quant à la manière d'assurer* ***que la mission de SIEG puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables*** *(voir arrêt BUPA e.a./Commission, précité, point 268, et la jurisprudence citée).*

= Test « CEA » des conditions économiquement acceptables : termes similaires à ceux utilisés par l'article 14 TFUE; donc a priori test à mettre en œuvre à la lumière du Protocole n°26, en tant que 'mode d'emploi' de l'article 14 TFUE.

**>> Ordonnance ENDESA (2011)(suite) :**

*« 102 Eu égard à ces considérations dégagées par la jurisprudence, le juge des référés ne peut que constater, dans le cadre du contrôle sommaire qu'il exerce en la matière, que l'examen effectué par la Commission et aboutissant à l'autorisation du SIEG en cause (points 77 à 103 de la décision attaquée) n'apparaît, prima facie, entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation. Contrairement à la thèse défendue par les requérantes, il semble ressortir de cette jurisprudence que la Commission n'était notamment* ***pas tenue de vérifier si*** *le Royaume d'Espagne, au lieu d'instaurer ledit SIEG, aurait éventuellement pu envisager des* ***mesures alternatives moins graves*** *ou s'il aurait dû choisir des centrales autres que les dix centrales identifiées à l'annexe II du Real Decreto 134/2010. Elle n'était pas davantage obligée de censurer le choix du Royaume d'Espagne, qui aurait consisté à répercuter sur le consommateur final les coûts causés par la compensation associée au SIEG. En effet, un tel choix semble faire partie des prérogatives de la puissance publique.*

= Contrôle de proportionnalité de 'basse intensité': pas de test de substituabilité (à la différence de la jurisprudence classique en matière de libre circulation).

>> Ordonnance ENDESA (2011)(suite) :

*« 105 **Compte tenu du protocole nº 26** sur les services d'intérêt général, annexé au TUE et au TFUE (JO 2010, C 83, p. 308), qui mentionne l'importance des SIEG et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales pour les fournir, les faire exécuter et les organiser, les intérêts invoqués par le Royaume d'Espagne, E.ON, Hidroeléctrica et Carbunión à voir mis en œuvre le plus rapidement possible le SIEG et la compensation associée, autorisés par la décision attaquée, doivent primer sur les intérêts opposées invoqués par les requérantes ».*

= première référence au Protocole SIG par le juge de l'Union

(de sa propre initiative ou parce qu'invoqué par une partie à la procédure?)

>> Affaire en cours (I) :

- Logement social aux Pays-Bas : « *la Commission aurait commis une erreur de droit et abusé de ses compétences, dans la mesure où elle attendait de la part des Pays-Bas une nouvelle définition du "logement social". Selon les requérantes, la Commission outrepasse ses compétences en donnant sa propre définition du logement social en tant que service d'intérêt économique général, tandis que les Pays-Bas sont censés disposer à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer eux-mêmes leur politique dans ce domaine* » (extrait recours T-202/10 sous pourvoi : C-133/12 P Stichting Woonlinie e.a.).

>> Affaire en cours (II):

Elimination d'animaux trouvés morts et de déchets d'abattoirs en Allemagne : « *Premier moyen tiré de la violation des articles 107, paragraphe 1, et 106, paragraphe 2, TFUE en ce que la Commission a contesté que la mise à disposition de capacités supplémentaires du Zweckverband était un service d'intérêt économique général et en ce qu'elle a dépassé de manière éclatante les limites du pouvoir d'appréciation que lui ont reconnu les juridictions de l'Union. En particulier, la Commission aurait méconnu le fait que son contrôle du pouvoir d'appréciation des États membres pour la définition des services d'intérêt économique général se limite, d'après la jurisprudence constante des juridictions de l'Union, aux seules " erreurs manifestes d'appréciation" et elle ne saurait substituer son appréciation à celle des autorités compétentes de l'État membre* » (extrait recours T-295/12).

>> Affaires en cours (III):

Subventions à des organismes de protection de la nature aux Pays-Bas : « *Premier moyen tiré d'une application erronée de l'article 107, paragraphe 1 TFUE et d'une violation du droit de l'Union européenne. Aux Pays-Bas, la protection de la nature est un service d'intérêt général au sens de l'article 2 du protocole n° 26 sur les services d'intérêt général. Le droit de la concurrence de l'Union n'est donc pas applicable (…)* » (extrait recours T-15/12).

## *3ème apport : l'affirmation de principes de fonctionnement spécifiques aux SI(E)G.*

>> Déclaration n°13 relative à l'article 16 CE annexée au traité d'Amsterdam de 1997 : mise en œuvre « *dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services* ».

>> Arrêt CORBEAU (1993) : « … *la Régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* ».

= approche fonctionnelle et non organique du SIEG

>> Arrêt COMMUNE D'ALMELO (1994) :

*« Des restrictions à la concurrence de la part d' autres opérateurs économiques doivent être admises, dans la mesure où elles s' avèrent nécessaires pour permettre à l' entreprise investie d' une telle mission d' intérêt général d' accomplir celle-ci. A cet égard, il faut* ***tenir compte*** *des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu' elle doit supporter et* ***des réglementations, particulièrement en matière d' environnement,*** *auxquelles elle est soumise ».*

>> Une jurisprudence en partie consacrée par le législateur de l'Union : exemple des obligations de service public et de service universel dans le secteur de l'électricité (directive 2009/72/CE) :

Article 3.2 : *« En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article [106], les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des* ***obligations de service public*** *qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises d'électricité de la Communauté* ***un égal accès aux consommateurs nationaux****. En matière de sécurité d'approvisionnement, d'efficacité énergétique/gestion de la demande et pour atteindre les objectifs environnementaux et les objectifs concernant l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables, visés au présent paragraphe, les États membres peuvent mettre en oeuvre une planification à long terme, en tenant compte du fait que des tiers pourraient vouloir accéder au réseau ».*

Article 3.3 : *« Les États membres veillent à ce que tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (à savoir les entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le bilan annuel n'excède pas 10 000 000 EUR) aient le* ***droit de bénéficier du service universel,*** *c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires. Pour assurer la fourniture d'un service universel, les États membres peuvent désigner un fournisseur de dernier recours. Les États membres imposent aux entreprises de distribution l'obligation de raccorder les clients à leur réseau aux conditions et tarifs fixés conformément à la procédure définie à l'article 37, paragraphe 6. Rien dans la présente directive n'empêche les États membres de renforcer la position sur le marché des consommateurs résidentiels ainsi que des petits et moyens consommateurs en promouvant les possibilités de regroupement volontaire en vue de la représentation de cette catégorie de consommateurs.*

*« Le premier alinéa est mis en oeuvre d'une manière transparente et non discriminatoire et n'empêche pas l'ouverture du marché prévue à l'article 33 ».*

# *4ème apport : une contribution à la pérennisation du financement des SI(E)G – A propos du régime des compensations de service public*

>> Arrêt ALTMARK (2003) : les compensations de service public peuvent échapper à la qualification d'aides d'Etat (article 107.1 TFUE) sous certaines conditions:

- *« - 1- l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'**obligations de service public** et ces obligations ont été **clairement définies;***
- *« 2- les **paramètres** sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente;*
- *« 3- la compensation **ne dépasse pas ce qui est nécessaire** pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations;*
- *« 4- lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une **entreprise moyenne**, bien gérée et adéquatement équipée (…) afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ».*

>> Arrêt M6-TF1/COMMISSION (2010) : « *la question de savoir si une entreprise chargée du SIEG (…) pourrait remplir ses obligations de service public à un moindre coût est dénuée de pertinence pour l'appréciation de la compatibilité du financement étatique de ce service au regard des règles communautaires en matière d'aides d'État. Ce que l'article [106] paragraphe 2, [TFUE] vise, par l'appréciation de la proportionnalité de l'aide, à prévenir, c'est que l'opérateur chargé du SIEG bénéficie d'un financement dépassant les coûts nets du service public* » = **pas de critère d'efficacité économique.**

>> Difficulté en pratique à satisfaire aux critères Altmark (notamment le 4ème).

>> D'où intervention de la Commission pour permettre l'absence de contrôle (notification) en cas de respect des 3 premiers critères : voir le paquet « Monti-Kroes » de 2005, remplacé par le paquet « Almunia » de 2011-2012 (p.m.) =

- une décision d'exemption
- un encadrement
- une directive Transparence
- un règlement *de minimis*.

# Eléments de conclusion :

>> Extrait des conclusions de l'Avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (sous l'arrêt *Federutility,* précité):

*« Dans les premiers temps de l'État-providence, certains domaines économiques ont été soustraits à la logique du marché afin de réduire l'écart entre* 'espace vital dominé' *et* 'espace vital effectif' *(…). Au nom de valeurs qui n'étaient pas strictement économiques et qui sont consacrées dans la notion juridique continentale classique de service public, l'intervention de l'État a été intensifiée dans certains domaines, des monopoles ont été créés et la réglementation a été renforcée.*

*« À partir de l'Acte unique européen, qui a érigé «*sur l'autel des idées politiques*» une nouvelle idole, la concurrence, le service public est devenu un obstacle à surmonter en vue d'une libéralisation devenue source de toutes les espérances (…).*

*« L'ouverture du marché est la première étape de cette politique, mais l'élimination des barrières laisse subsister des besoins que le marché ne peut satisfaire à lui seul, d'où l'intervention publique, sous forme de '*services d'intérêt général*' et d''*obligations de service public*', que les autorités imposent aux entreprises des secteurs libéralisés pour* ***sauvegarder des intérêts publics dont la satisfaction est impérative et ne peut donc être laissée au libre jeu des forces du marché*** *».*

**Merci de votre attention**

*Stephane.rodrigues-domingues@univ-paris1.fr*

**Formulaire de recherche internet des arrêts de la Cour de justice:**

*http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=fr*